

## DOUTRINA

### Do Provimento Antecipatório e sua Natureza Executiva

Athos Gusmão Carneiro

*Ministro Aposentado do STJ. Presidente do Conselho do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogado.*

“De que adianta conceder-se a tutela (declarando a existência de um dano e a necessidade de proteção imediata) sem que essa concessão seja acompanhada de mecanismos eficazes para sua implementação concreta, para sua transformação em realidade?” (Cassio Scarpinella Bueno, “Ensaio sobre o Cumprimento das Sentenças Condenatórias”. *Revista de Processo* 113/52)



1. Constitui matéria eminentemente controvertida a da natureza do provimento judicial antecipatório, se deve ser considerado, ou não, como título executivo. Pela afirmação posicionam-se, v.g., Ovídio Baptista da Silva (“Ação para Cumprimento das Obrigações de Fazer e não Fazer”. *Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães*, coord. José Carlos Barbosa Moreira, Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 262) bem como Teori Zavascki, para quem a decisão que antecipa efeitos executivos da tutela constitui título executivo judicial, eis que não se apresenta como exaustivo o rol dos títulos previstos no art. 475-N do CPC (*Antecipação da Tutela*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 101).

Mas a natureza de tais decisões como título executivo é posta em dúvida por outros processualistas, inclusive com a advertência de que a mais moderna doutrina italiana nega tal caráter aos “provvedimenti d’urgenza” (Luiz Guilherme Marinoni, *Antecipação de Tutela*, 9ª ed., São Paulo, RT, 4.14.2. pp. 261-262) e por Sérgio Arenhart (*Perfil da Tutela Inibitória Coletiva*, São Paulo, RT, 2003, p. 323). Aliás, segundo Marinoni, o que realmente importa é “que o direito objeto da antecipação deve ser realizado através de meios executivos adequados à sua natureza e à situação de urgência em que se encontra inserido” (ob. cit., p. 262).

A nosso ver, a decisão concessiva de antecipação de tutela - com a determinação de que o réu deposite ou pague *incontinenti* determinada quantia, ou observe determinada conduta, ou entregue determinada coisa -, tal provimento possui *natureza executiva*, porquanto implica e impõe o ingresso em etapa processual na qual a atividade judicial desloca-se do puro plano da cognição para a intervenção e a modificação no plano dos fatos.

2. A efetivação obedecerá, ponderadas as vicissitudes de cada caso concreto, procedimento o mais sumário, sem prejuízo, como já expusemos, da possibilidade de o réu agravar da decisão concessiva da tutela ou de opor-se a atos executórios mediante petição simples. Escreveu Sérgio Sahione Fadel (e isso anteriormente às alterações trazidas ao processo de execução pela Lei 11.232/2005), que



“o réu não é citado para cumprir a decisão, nem para opor embargos. Recebe a ordem de cumprimento, ou é intimado a tanto, por mandado, só podendo, em caso de dúvida ou de impossibilidade material de cumpri-la (isso sem prejuízo da interposição dos recursos eventualmente cabíveis), arguir esta impossibilidade nos próprios autos da ação, cabendo ao juiz decidir acerca das ponderações do réu.” (*Antecipação de Tutela no Processo Civil*, São Paulo, Dialética, 1998, p. 69)

No escólio de Humberto Theodoro Júnior, considerado o caráter de urgência da medida antecipatória, “sua execução sempre sumária e imediata, não havendo lugar para embargos de devedor. Qualquer impugnação deverá ser feita por simples pedido de reconsideração”, ou por via do agravo (*Revista Jurídica* 425/16).

Sob esta orientação, desde muito sustenta Ovídio Baptista da Silva ser óbvio que o art. 273 foi concebido para que o juiz efetivamente antecipe os efeitos da tutela, não para que simplesmente prometa que essa tutela haveria de concretizar-se em subsequente demanda executiva; tal significa, em seu lúcido magistério, que com as antecipações de tutela resultou introduzido “em nosso direito um instrumento análogo às *injunctions* da *Common Law*, por meio das quais ‘interditaliza-se’ a tutela processual, transformando a condenação em sentença mandamental” (estudo na *Revista Consulex* nº 43, julho de 2000, p. 44). Diga-se que a atribuição de *eficácia mandamental* à sentença de condenação veio a ser instituída em nosso Direito Processual Civil em decorrência do sistema da Lei 11.232/2005 (*condenar* é, agora, *ordenar*).

Cumpra outrossim sublinhar, tendo em vista as expressões “no que couber” e “conforme sua natureza” (art. 273, parágrafo 3º), que as regras dos arts. 475-O, 461 e 461-A aplicam-se principalmente como “parâmetro operativo”.

3. Em se tratando de obrigação de *fazer ou de não fazer*, imposta em antecipação de tutela, é facultado ao juiz, de ofício ou a pedido da parte, a utilização dos meios coercitivos previstos nos parágrafos 4º e 5º do art. 273: imposição de multas por tempo de atraso, buscas e apreensões, remoções de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividades nocivas e atividades outras, se necessário mediante o auxílio de força pública. Não será descabida, em determinadas hipóteses, em sendo *fungível a obrigação*, a permissão judicial para que o próprio autor, ou um terceiro às custas do autor, preste o fato devido, sob o parâmetro operacional do art. 634 do CPC (se premente a urgência, é admissível a dispensa de propostas).

A “ameaça” de alguém fazer aquilo que se obriga a não fazer, poderá ser afastada pela via mandamental, ordenando o juiz, em AT, providências que impeçam a atividade do demandado (p. ex., o comerciante que se obriga a não vender determinado produto, e apesar disso passa a anunciá-lo, pode ter a ilícita atividade impedida por ordem do juiz ao fornecedor da mercadoria). Nos casos de ordem de abstenção, de um *não fazer*, o descumprimento da ordem pode, conforme as circunstâncias da lide, transformar a obrigação de “não fazer” em obrigação de “fazer”, pois será preciso “desfazer” aquilo que haja sido indevidamente feito. Assim, se era defeso construir muro divisório de alvenaria, o descumprimento da obrigação conduzirá aos atos de demolição da obra. Pelo Código Civil de 2002, nas obrigações negativas “o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster” (art. 330).



A efetivação de AT que conduza à *entrega de coisa* é em geral simples: mandará o juiz expedir mandado de busca e apreensão da coisa móvel, e sua entrega ao requerente (a título provisório); ou, em se cuidando de bem imóvel, mandado de imissão do requerente (provisoriamente) em sua posse, para o que poderá o meirinho, se necessário, socorrer-se da força policial (art. 461-A).

A conversão da obrigação de conduta ou da obrigação de entrega de coisa, resultante de AT, em *pagamento de perdas e danos* somente ocorrerá se assim o requerer o autor, ou se as circunstâncias do caso concreto revelarem a impossibilidade da tutela específica ou da obtenção do resultado prático equivalente (art. 461, parágrafo 1º); neste caso, a imediata definição do *quantum debeatur* far-se-á sob o parâmetro operacional do art. 475-A, parágrafo 3º, ou seja, com a *fixação de plano pelo juiz*, a seu prudente arbítrio, da quantia (provisoriamente) devida.

Não será demasia lembrar, com Leonardo Greco, que qualquer atividade prática, no mundo dos fatos (em cumprimento de sentença ou efetivação de provimento antecipatório), é suscetível de defrontar-se com “limites intransponíveis ou que o Direito consegue transpor de modo imperfeito” (“Execução de Liminar em Sede de Mandado de Segurança”, *Revista Jurídica* 291/22). Por exemplo, caso ocorra a perda ou a destruição da coisa que deveria ser entregue, fica o devedor obrigado (salvo se a perda resultar de força maior ou fato da natureza) a uma prestação pelo equivalente em dinheiro, o que representa um sucedâneo, mas não é o próprio bem a que o credor teria direito. As obrigações de não fazer, violadas, convertem-se em obrigações de ressarcimento pelas perdas e danos, ou de “desfazer” - se ainda útil e possível, aquilo que indevidamente fora feito.

4. As dificuldades revelam-se bem maiores em se tratando de concessão de AT para *pagamento de quantia em dinheiro*, eis que, pela natureza de urgência que quase sempre caracteriza a concessão de AT, revela-se inadequado o rito previsto para o cumprimento de sentença, mesmo sob o sistema instituído pela recente Lei 11.232/2005.

Poderá o autor suportar a demora decorrente da espera pelos quinze dias previstos no art. 475-J, das providências para a penhora e avaliação de bem a ser expropriado, das impugnações que o réu poderá formular (ainda que mediante simples petições), as delongas dos sucessivos trâmites conducentes à adjudicação, à alienação por iniciativa particular ou à hasta pública? Os atos de sub-rogação são bem mais lerdos do que as técnicas inerentes às tutelas mandamental ou executiva.

Ora, as regras do cumprimento de sentença, ao serem pensadas, não se destinaram a efetivar decisões antecipatórias; assim, para a atuação eficiente da tutela sumária, deve ser concedido ao juiz um *amplo poder* a fim de determinar os meios executórios mais adequados a cada caso (Luiz Guilherme Marinoni, *Antecipação de Tutela*, 9ª ed., São Paulo, RT, 2006, 4.14.2., p. 262). Marinoni, com invocação a Michele Taruffo (“Note sul Diritto alla Condanna e all'Esecuzione”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1986, p. 668), inclusive aconselha a prática de atos que influam sobre a vontade do demandado, induzindo-o ao adimplemento voluntário, tais como a imposição de “multas” a serem acrescidas ao débito (*Antecipação de Tutela*, cit., pp. 280-283), ou de atos que permitam a imediata apropriação de dinheiro,

tais como a penhora *on line* quando o devedor mantiver aplicações bancárias, ou a cobrança mediante “apropriação” de créditos de alugueres se o demandado possuir bens em regime de locação.

Mui oportuna a observação de Rosalina Rodrigues Pereira, de que “em se tratando de uma medida que visa garantir a efetividade do exercício do direito, não se podem impor normas absolutas”; e exemplifica com a hipótese de vítima de acidente de trânsito que fica sem meios de atender suas necessidades e às de sua família, sendo então possível ao juiz adiantar-lhe parte da (provável) futura indenização mediante o arbitramento de “um salário mínimo até o julgamento final” (RF 343/207).

Afirmemos, no azo, que o arbitramento da prévia indenização deve conformar-se com o caso concreto, sendo plausível que o adiantamento da obrigação de indenizar venha a concretizar-se, *v.g.*, com a inclusão do nome do demandante na folha de pagamentos da empresa ou da entidade de direito público demandada. Eminente magistrado tornou efetiva decisão antecipatória de tutela determinando que a demandante, vítima de atropelamento e com lesões gravíssimas, fosse (provisoriamente) incluída na folha de pagamento da empresa de ônibus ré, a fim de mensalmente receber a pensão então arbitrada (José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutela Sumárias e de Urgência*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003, pp. 343-344, nota 118).

Não teria sentido viesse o legislador a instituir uma antecipação no curso do processo de conhecimento, visando à agilização da tutela, e a submetesse às delongas da execução (Luiz Fux, *Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2004, nº 1.2.4.66, p. 68); assim, impõe-se a adoção de técnica diferenciada, mediante a emissão de ordem de cumprimento cumulada com meios coercitivos eficazes ao caso concreto, inclusive multas (Márcio Louzada Carpena, “Da Execução das Decisões de pagar Quantia pela Técnica Diferenciada”. *Revista de Processo* nº 140, ano 31, 2006, pp. 115-132; Joel Dias Figueira Jr., *Comentários ao CPC*, t. 1, v. 4, São Paulo, RT, 2001, p. 263); a fixação de multa pelo descumprimento do provimento antecipatório constitui “providência possível, adequada e útil para conferir maior efetividade à antecipação” (Cassio Scarpinella Bueno, “Ensaio sobre o Cumprimento das Sentenças Condenatórias”. *Revista de Processo* 113/54).

5. As regras típicas do processo de execução por quantia certa servem apenas *subsidiariamente* ao cumprimento das decisões providas do poder antecipatório do juiz, o qual preferencialmente poderá valer-se de medidas tais como “averbação em folha de pagamento, retenção de receitas ou bloqueio de somas junto a devedores do responsável pela prestação envolvida na medida antecipatória” (Humberto Theodoro Júnior, “O Cumprimento das Medidas Cautelares e Antecipatórias”. *Revista de Processo* 139/24; Luiz Fux, *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 129). Marinoni alude a que “a necessidade do lesado receber imediatamente dinheiro não se diferencia da necessidade do recebimento de alimentos fundados em direito de família (...) o juiz pode e deve empregar - *se houver necessidade* - o expediente da multa para dar efetividade à tutela antecipatória de soma em dinheiro” (“Controle do Poder Executivo do Juiz”. *Revista de Processo* 127/65). Lúcio Delfino aponta como meios de coerção tendentes a obrigar o réu ao imediato

pagamento de quantia concedida em AT, a penhora *on line* e a imposição de *restrições de direitos*, tais como a suspensão do direito de dirigir veículos automotores, a suspensão do uso de telefone celular e o apontamento negativo do nome do demandado em cadastros de inadimplentes, bem como a prisão civil caso ao débito possa ser atribuída *natureza alimentar* (“Anotações Procedimentais e Materiais sobre a ‘Execução’ de Tutela antecipada para o Pagamento de Soma em Dinheiro”. *Revista de Processo* 148/24 e ss.).

Terá, assim, sido respondida a pergunta formulada por Cassio Scarpinella Bueno, em interessantíssimo estudo:

“De que adianta conceder-se a tutela (declarando a existência de um dano e a necessidade de proteção imediata) sem que essa concessão seja acompanhada de mecanismos eficazes para sua implementação concreta, para sua transformação em realidade?” (“Ensaio sobre o Cumprimento das Sentenças Condenatórias”. *Revista de Processo* 113/52)

Impende aditar que, se o montante da (provável) sentença de condenação revelar-se incerto, com a probabilidade de uma futura liquidação de sentença, então a antecipação de tutela e a fixação do *quantum debeatur* seguirá, como já alvitado, o parâmetro operacional do art. 475-A, parágrafo 3º, determinando o juiz o pagamento imediato, pelo réu, da quantia que considere como sendo a minimamente devida, em caso de procedência da demanda (Teori Zavascki, *Antecipação da Tutela*, cit., p. 100).